

東西法文化と法系論

木下 毅

- 一 問題の所在
- 二 東洋的法観念と西洋的法観念
- 三 極東法における「法の役割」
- 四 比較法文化と新法系論

一 問題の所在

(1) 東洋における「伝統社会」の法と西洋における「近代社会」の法との関係を論ずる場合、逸することのできない運動として、アメリカを中心に一九六〇年代に展開をみた「法と発展」運動 (Law and Development Movement)⁽¹⁾がある。この運動は、発展途上国に対する対外援助活動の一環として展開され、ハーヴァード大学ロー・スクールの「国際的法研究プログラム」⁽²⁾ (International Legal Studies Program) をはじめとして、イエール・ロー・スクールの「法と近代化プログラム」 (Program in Law and Modernization)⁽³⁾、スタンフォード・ロー・スクールの「ラテン・アメリカ諸国の発展と法プログラム」といった研究プロジェクトにバック・アップされながら発展を見る。この運動は、発展途上国の前近代的、封建的な伝統社会の法文化に対し、アメリカの近代的、民主的な法文化を移植するという使命感に支えられていた点で、特徴的である。⁽⁴⁾しかしながら、この運動には、受入側の実情を考慮するという姿勢があまり見られず、かなり一方交通的な面が見られた。⁽⁵⁾そのパラダイムは、「リベラル・リー

ガリズム」(liberal legalism 自由主義的法万能主義)であり、発展途上にある前近代的な伝統社会は西洋社会をモデルとした近代社会に向かって進化するという単線的発想がその基調をなしていた。⁽⁶⁾こうした「法と発展」研究の中心的な役割を果たしてきたのが、International Law Centerである。この機関は、一九六六年に法の発展を援助する機関として設立され、「法と発展」運動において中心的な役割を果たすこととなる。

(2) わが国においても、「伝統的に日本人には『権利』の観念が欠けている」とする立場から、日本の法文化を前近代的封建的(身分階層制的、協同体的)なものとして捉え、いずれこの「遅れた」伝統社会は、「近代社会」に向けて必然的に発展するとする近代法論の立場をとるものが少なくなかった。「わが国に広汎にのこっている『前近代的』な法意識」に焦点をおいて論じた川島武宜の「日本人の法意識」は、「今日もなお、前近代的な法意識は、われわれの社会生活の中に根づく残存し、『社会行動の次元における法』と『書かれた法』とのあいだの深刻重大なずれを生じている」とし、「そのずれは、その後の日本の近代化ないし資本主義の発展によってどのように変化したか」を「法に関する意識、⁽⁸⁾ではなく、むしろ法に関する無意識的(意識下の)心理状態」をも含めて論ずる。⁽⁸⁾川島説によれば、「『資本主義化』ないし『工業化』、或いは『近代化』等のことばで呼ばれている経済的・社会的変化を経験しつつある現代の多くの社会——特にアジアやアフリカ等の諸社会——」も、西洋社会がこれまでを経験してきた近代化を「現在或いは近い将来において経験するであろう」と予測する。⁽⁹⁾この学説は、「どの民族、どの社会も——時間の前後はあるにしても——基本的には同じ歴史の発展段階をたどる筈だ」という理論的前提⁽¹⁰⁾に立っていたといえよう。この発想からすれば、日本の伝統社会も近代化により社会的に進化することになる。

(3) このような単線的社会進化論に対し、一九七〇年代以降アメリカの法学界を席卷してきた「批判的法学研究」(Critical Legal Studies)の先導者として知られ、International Law CenterのメンバーでもあったD. Trubek

は、一九七二年に「社会的法理論をめざして―法と発展に関する小論」⁽¹¹⁾を発表し、「法と発展」研究が前提としてきた近代法を「遅れた」非西洋世界へ移植するという発想そのものに疑念を呈するに至った。Trubekはいう。

「近代法」(modern law)の「中核的観念は、西洋の歴史に基づいて多様な文化を解釈する点で、欧米中心的(ethnocentric)―自民族ないし自社会集団の優越を信じ、他民族ないし他社会集団およびその文化を自己の立場から判断する傾向」であることを免れない。それは、歴史というものをすべての社会において繰り返される一連の同じ発展段階として見る点において、進化論的(evolutionist)である。これらの暗黙の前提の結果として、その観念は、第三世界における法的生活の現実を実効的に扱うことはできないのである」⁽¹²⁾と。彼は、このような「伝統から近代へ」という法発展の基本的図式そのものが、西洋の近代社会を到達のモデルとしている点で西洋的視座であるとし、第三世界の問題は西洋の歴史からの社会進化論的一般化によつては解決されえない、と批判する。⁽¹³⁾

D. Trubekは、さらに一九七四年、M. Galanterとともに「法と社会―自己疎外された法律学者」⁽¹⁴⁾と題する論文を発表して、その中で「合衆国における法と発展運動の危機について」考察し、この運動の基本的パラダイムであるリベラル・リーガリズムを問題視するに至る。所論によれば、「『法と発展』研究におけるリベラル・リーガリズムは、二つの基本的要素すなわち(1)法と社会との関係についての一般的モデルおよび(2)法システムと発展との関係についての特別の説明を含む」⁽¹⁵⁾とされる。

まず、社会における法の基本的モデルであるリベラル・リーガリズムは、次の六つの構成要素からなるとする。第一に、社会は、個人、個人の任意に組織する中間団体および国家から成るが、国家も中間団体もそれ自体目的ではなく、個人が自己自身の福祉を追及する手段とされる(個人主義)。第二に、国家は「法を通じて」個人に対しコントロールを行う(法中心主義)。第三に、ルールは社会的目的を達成し、基本的な社会的原理を実効化するため意識的にデザインされており、個人はその定立に平等に参加することができる(平等参加)。第四に、ルールを

適用する場合には、すべての市民に平等に、しかもその意図する目的を達成するようなやり方で適用されなければならない（平等適用）。第五に、法秩序は普遍的ルールを適用し、解釈し、変更するが、その中心的機関は裁判所である（裁判所中心主義）。最後に、社会的行為者の行動は、ルールを遵守する傾向にある（ルールの遵守）。この「法と社会」に関する一般的モデルは、欧米なканずくアメリカのリベラル・リーガリズムを理論的前提とするものであり、その最大の問題点は、第三世界の法システムは伝統社会のそれから西洋の近代社会のそれに向って進化するという発想にある。他方、法システムの発展は、計画者の権限を増大させ、援助政策と結びついて東洋の伝統社会を無視した「上からの」制度改革を容易にしてきた。⁽¹⁶⁾ その点で、リーガル・リベラリズムは、アジア、アフリカ、ラテン・アメリカなどの発展途上国の法システムを問題とするさいに陥りやすい難点を示唆しているように思われる。⁽¹⁷⁾

他方、「法と発展」研究は、アメリカ人の第三世界に関する情報を増してきただけでなく、法に関するアメリカ人自身の考え方を理解し、アメリカの法システムをより明確に見ることをも一層容易にしてきた。⁽¹⁸⁾ この運動は、リベラル・リーガリズムをパラダイムとしてきたこと前述のとおりであるが、それは欧米の先進国に妥当する西洋的法観念であつても、東洋的法観念としては必ずしも妥当しないことを過去二〇数年の経験を通じて自覚化させるに至る。

(4) わが国でも同様に、西洋化＝近代化というパラダイム的前提に立つ近代法論ないし権利意識論の限界が問題視されるに至る。このような状況下にあつて、西洋社会をモデルとした近代社会を到達目標とする単線的社會進化論に基づいて、わが国の伝統的法文化を西欧的近代社会にまで進化させるというリーガル・リベラリズムの発想そのものに、致命的な限界ないし欠陥が存在していることが、次第に明らかにされてきた。⁽¹⁹⁾

このことは、「伝統社会」から「近代社会」へといった二分法的図式そのものないしリベラル・リーガリズムの発

想そのものが根本的に再検討されなければならないことを意味しよう。⁽²⁰⁾ I. Constantinesco によれば、「最も重要な規定的要素は、研究される法秩序の枠内における法の観念 (Auffassung vom Recht) および法の役割 (Rolle des Rechts) であるように思われる。それは、この法秩序を存立させているあらゆる要素の総体を直接的にせよ間接的にせよ規定する要素になっているからである。」⁽²¹⁾ それ故、東洋の伝統社会を含めたグローバルな視座に立つて法系論を構築する場合、両極に対置される西洋法文化と極東法文化を特徴づけてきた「法の観念」ないし「法の役割」の基本的異同の解明が、比較法学の最も重要な課題となるであろう。

二 東洋的法観念と西洋的法観念

(1) 「東西に分かれて大きな二つの文化圏を想定すること」は、旧石器時代前期にまで遡ることが可能であるといわれる。当時の文化圏をマクロ的に見た場合、「東アジアの伝統」と「西アジア・ヨーロッパ・アフリカの伝統」の二つに分けられるという。別言すれば、東アジアの伝統は「森林を有効に利用する伝統」であり、西のそれは「草原を舞台にする伝統」ということもでき、この伝統の差は、形を変えて今日まで引き継がれているともいわれる。新石器時代に入ると、農耕と牧畜がはじまり、森林を育成する気候条件は農業に適し、平原的条件は牧畜に適したことから、「農耕民型メンタリテイ」と「遊牧民型メンタリテイ」とが東西法文化の標識を形成することになったと想定されている。⁽²²⁾

中国人、日本人などに代表される農耕民は、神と人間との関係を自然的血縁関係からイメージするのに対し、ヘブライ人、イスラム人などに典型的にみられる遊牧民は、神と人間との関係を契約関係として捉えた。前者は、神と人との関係を血縁的親子関係として捉えるため、規範意識のない甘えの構造が支配するのに対し、後者は、神と人との関係ですら法的に考え、養子関係という人為的関係として捉え、契約という強い権利意識ないし規範意識で

構成する。⁽²³⁾

農耕は、高温多湿で植物の繁茂に適したモンスーン地域を中心に人々が定着し、そこでは人為的構成を加えないでも、相当規模の共同体が自然発生的に形成されることになる。作物は、自然の条件に反する人為的操作を加えないかぎり、自ずから成長する。このような風土においては、自然を自然として受容し、これに依拠して生活するというライフ・スタイルを生み出す。そこでは、自然と対抗して独立的ないし意思的な行動をとる必要もなくなる。

ここでは、社会も「成る」ものであり、自然に委ねてものの成るがままに生きることが可能となる。農耕民の共同体においては、遊牧民にみられるような契約観念ないし規範意識は存在していない。集団、協力関係は、自ずからして生れ、紛争は平和を攪乱するものとして否定される。農耕民型の訴訟観においては、紛争は病理現象であり、悪であるから、なんとしてもこれを抑止し、除去すべきものとされる。それ故、法を中心に刑法がおかれることになる。「この世界では遊牧民の天に対して大地が恵み深く多産なる母として敬われ、物を成らしめる自然の諸力が神格化され、女性神を中心とする多神教が生れる。このような農耕民型メンタリティをかなり純粋なたちで表現した思想が老荘思想といえる。」⁽²⁴⁾

これに対し、遊牧は、一定の土地に定着する要素を欠き、意識的に意思的集団を構成しないかぎり集団は形成されず、また形成されたとしても遠心力が機能して、自然に放置すれば自ずから瓦解する運命にある。したがって、社会というものは人間の意思的行為を媒介として人為的に「作る」ものだという意識が生れ、これを維持するため契約観念ないし規範意識が形成されてくる。悪条件の自然環境にあつては、すべての物は「作る」ことによって真の存在に達するという「作為」思想を生みだす。また、遊牧民型メンタリティの下に形成された訴訟観は、訴訟も一つの闘争とみる。古代ギリシャの訴訟観に典型的にみられるアゴンの訴訟観によれば、闘争は「社会構成の原動力」であり、闘争そのものは「社会の生理現象」として肯認される。この闘争的社会観の故に、ルールを遵守し

た「フェアな闘争」という観念が生れる。「乾燥した空気のなかで澄みきった空を常に仰ぎつつ生活する間に、心の中に天の思想が生れ、遊牧生活の特徴である男性優位の思想と結びついて、一神教的・男性神的神観念が形成されてくる。」⁽²⁵⁾

この農耕民型メンタリティは、アジア型専制国家的要素、アジア型村落共同体的要素および儒教Ⅱ道教的伝統ないしヒンドゥー教Ⅱバラモン教Ⅱ仏教的伝統を法文化的要素としてもつ東洋法に形を変えて今日まで引き継がれてきたといわれる。他方、遊牧民型メンタリティは、ギリシアⅡローマ的要素、ゲルマン的要素およびユダヤⅡキリスト教的伝統を法文化的要素としてもつ西洋法のなかに見出すことができるであろう。

(2) では、西洋と東洋の境界線は、どこに引かれるべきであろうか。古典的な両者の境界線は、「西を代表するギリシャと東を代表するペルシアが、マラトン（前四九〇年）およびサラミス（前四八〇年）で戦って以降できた区分」であつて、「過去のアジアの大君主国家に対する古代ギリシアの理性の独立の要求を示すもの」であり、西洋を東洋から決定的に分つてきたものである。⁽²⁶⁾ この法文化的境界線は、伝統的な地理的境界線とは一致していない。

地理的境界線によれば、東洋は「西アジア」「南アジア」および「東アジア」に大別される。この地理的区分は、西アジアがアラブ的イスラーム文化圏、南アジアがインド的ヒンドゥー文化圏、東アジアが中国的儒教道教文化圏というように、宗教的イデオロギー的区分にほぼ対応している。近時、インドと中国の中間地帯にある ASEAN 諸国にミャンマを加えた「東南アジア」が、独立の文化圏として認められつつある。⁽²⁷⁾

これらの文化圏のうち、西アジア文化圏は「一神教地帯」として他の多神教的アジア文化圏とは異なる異質的要素を有している。生産様式の面でも、西アジアは牧畜を主としており、農耕を中心とする他のアジア文化圏と区別される。後述のようにそれと密接に関連していると思われるが、その支配的な宗教であるイスラーム教は、インドの仏教、バラモン教、ヒンドゥー教や中国の儒教、道教などとは明確に区別され、コーラン自体が認めているよう

に、むしろユダヤ教やキリスト教というヨーロッパ的な一神教と類似性を有しているように思われるからである。

歴史的に見れば、紀元前二〇〇〇年頃、三大陸の接点ともいえるべきメソポタミア地方に、一神教地帯が成立した。イスラエル民族の宗教は、いずれも神とアブラハムとの間に結ばれた契約ないし約束を基礎としている。それは、「単純にして絶対的に純粋な一神教であつて、その後イスラーム教のみがこれと同じほどの純粋な一神教を再現している。すなわち、それは妥協をいれない神観であり、排他的であり、攻撃的であり、東洋的多神教と、インド仏教の神秘的無神論の二者とは対照的である」⁽²⁸⁾。

(3) このように一口にアジアといっても、西アジアは一神教地帯であつて、この地域から相互に密接な関係を有するユダヤ教、キリスト教およびイスラーム教が出現した。それらは、「同じ一つの神」からでており、「同一の旧約聖書」と「同一の族長」から出発している点で共通している。同一の族長であるアブラハムの宗教的勢力範囲は、三大陸にまたがっており、これを一步出るとまったく別の神観念にでくわす。インドの仏教的・バラモン教的な神観念は、その一つである。前者の一神教的人格神信仰と後者の多神教的無常観との間には、人類をたちきっている真の意味での法文化的国境があるといえよう。別言すれば、イスラーム教は西洋精神の一つであり、アブラハムの神の側に属すべきものとされる。この法文化的境界線によって、根本的には人格神をもたない本来のアジアに属する多神教的法文化と西洋の一神教的法文化とを識別することが可能となる⁽²⁹⁾。

法文化に反映された宗教的要因は、法の観念ないし役割に決定的な相違をもたらず。したがって、それを踏まえた「法の観念」ないし「法の役割」の相違の究明は、比較法学なканずく法系論の重要な出発点となる⁽³⁰⁾。

(4) これまでも種々の法系論の試みがなされてきたが、そのほとんどがユダヤ・キリスト教的伝統を基礎とする欧米の視角から見た法系論であり、しかも法系の分類自体が、いずれも併列的、平板的に同一の次元ないし平面で行われてきた点で共通していると同時に、限界があつたように思われる。

その中であって、R. Davidの大陸法と英米法を統合する「西洋法」(droit occidental)の提唱は、示唆に富む。彼は、一九五〇年に「比較民事法原論」を公にし、その中で大陸法と英米法を同一の法系として包摂し、その特色をR. Jheringのいう「権利のための闘争」として捉え、これを極東法の特色である「礼治主義」と対置する⁽³⁰⁾。R. Davidによれば、大陸法と英米法は、「キリスト教の道徳的基礎、自由主義的デモクラシーの政治社会原理および資本主義経済構造の上に基礎づけられている」という⁽³¹⁾。彼は、さらに二つの基準だけがあらゆる批判に耐えうるとした。一つは、イデオロギー的基準であり、他は、法技術的基準である。しかも、法技術的基準は第二次的なものであるから、「哲学的基礎、正義の考え方」が決定的な基準になるとして、世界の法体系を、①西洋法系、②ソヴィエト法系、③イスラーム法系、④ヒンドゥー法系および⑤中国法系に分類した。R. Davidは、このようにイデオロギー的基準を法技術的基準よりも重視し、西洋法と中国法を対極に置き、両者は社会における「法の役割」の点で顕著に異なるとした。

彼の法系論は、一九六四年刊行の「現代の大法系」においても基本的には踏襲されるが、法系の分類の一部修正がなされ、両基準に同程度の比重が与えられるに至る。彼は、西洋法系を①ローマ・ゲルマン法家族と②コモン・ロー家族とに分類し、これらと③社会主義法家族および④哲学的・宗教的制度とを等置した⁽³²⁾。これらのうち、社会主義法家族は、中華人民共和国等のアジアにおける社会主義諸国を除いて発展的に解消し、基本的にはローマ法を継受したポーランド、ハンガリ、チェコ・スロヴァキアなどでは、西ヨーロッパ型の法の観念、法制度が復権しつつある⁽³³⁾。

R. Davidは、さらに「社会における諸関係の調整装置としての法の機能」という問題を採り上げ、社会において法の果たす機能が「西洋法」と「極東法」との間で著しく異なっていることを指摘する。曰く。「フランス、イギリス、ドイツ、イタリアおよびアメリカ合衆国においては、社会は、可能な限り包括的に法に支配されてい

ることが望ましいとされる。これが、法治国家 (Rechtsstaat) というドイツ的理念であり、法の支配 (rule of law) というイギリス的理念である。法は、正義のシンボルであり、市民は、法の優位 (supremacy) を確保するために闘争することが要請されている。」これに対して、「極東においては、伝統的哲学は法 (the law) というものを『野蛮人』を陶冶する目的にのみ有効な急場しのぎの処理方法と見る。公正な市民は、法を問題にしない。彼は、法に関心を寄せることなく、伝来の道德、礼儀作法および仁義の準則にしたがって生活しており、こうした準則は所有者がある特定の共同体に属しているという意識 (sense) によって課せられる。」右に述べてきた「正義の理念を表す法」と「可能な限り用いられないことが期待されている法」という二種類の法を比較することはきわめて困難である。法の機能に関するこの発想の基本的差異は、実務的レベルではきわめて重大な結果を引き起す。すなわち、「近代の西洋法思想に基本的な主観的権利 (subjective rights) という発想および客観的法 (法準則) (règle de droit) の観念でさえもが、極東においては排斥されている。」⁽³⁴⁾ 換言すれば、「極東およびアフリカ黒人社会では、原理としての法の観念を排斥する。」これらの国の人々にとつても、ある種の事案において判決を言い渡し、社会で通用している準則に従わなかった者にある解決を施すことは、必要やむをえないことである。しかし、「サンクションを科す判決を下すことは、正常なこととはみなされていない。」まして、そのことが、人間関係における望ましい解決手段として唱道される価値はない。「紛争と犯罪とは、社会という『からだ』の正常な機能を阻害する病理的現象とみなされる。これらの事故は、事故として処理されるべきであり、権威主義的解決を必要としない。紛争は、一度起つてしまえば、解決されなければならないのではなく、調停手続により『解消され』なければならないのである。」いかなる状況においても、本質的なことは「調和 (harmony) を回復すること」である。というのは、「人と人との調和は、宇宙の調和とリンクしており、この世の人々が自然的秩序に従って平和裡に生活することが望まれるなら、確保されなければならないものである。訴訟の終りには、勝利者も敗北者もあつてはならな

いのである。ある解決が押し付けられるとすれば、それは実際には有効に機能するものではない⁽³⁵⁾」と。そして R. David は、結論として次のようにいう。「社会の平和と調和の理念は、西洋およびイスラームの思想を支配してきた法の支配の理念とは対照的である。アフリカおよび極東の包容的で寛大なヴィジョンは、最前面に個人の権利・利益ではなく、両者の義務と必要度とをみて、両者に解決を受け入れさせる多くの要因を考慮に入れる。この解決のメリットは、その『法的』性質にあるのではなく、その『公正な』性質にある。正義は、すでに生じた事件が十分にかつ最終的に清算され、平和と調和が回復されることを要請する⁽³⁶⁾」と。

K. Zweigert も同様に、西欧世界全体の法文化を特徴づけている様式形成的要素として「権利のための闘争」を取り上げ、次のようにいう。この様式形成的要素は、「法の目的は平和であり、それに達するための手段は闘争である、という原則である。別言すれば、自己の権利のための闘争は、権利者に課せられた自己自身に対する義務であり、また法の理念に対する義務なのだというイエーリングの命題である。われわれの（西洋世界の）西洋的訴訟法の様式をきめる原型となったような、法に対する個人のこのような態度は、イエーリングには、明らかに普遍妥当的なもののように思われたし、また、それは、今日多くの人々には、法の概念に内在する自明のことのように思われている⁽³⁷⁾」と。

こう見てくると、「西洋法」における法の観念と中国、韓国、日本、台湾、ヴェトナムなどに代表される「極東法」における法の観念とは、一八〇度対照的であることが分かる。では、このような「法の観念」ないし「法の役割」の差異が生じてきた原因は、何に求めることができるであろうか。

三 極東法における「法の役割」

- (1) 法社会学の創始者の一人である Max Weber は、西洋的社会と非西洋的社会とを対置し、前者を高度に法

的社会として捉える。彼によれば、西洋的社会は「資本制社会」として性格づけることができ、そのように「合理化された近代社会」における法は、高度に「形式的合理的」(rational)であるという。近代社会の法を特徴づける高度の合理性(計算可能性)は、近代資本主義の発展と緊密な関係にあり、資本制社会における権利関係ないし法文化に特有のものとして捉えられている。⁽³⁸⁾ それと対照的なのが、共同体法理である。Weberのいわゆる「ピエテート」(甘え)が、その中核をなす。Weberによれば、「親子、兄弟姉妹の関係を中心につくられている『家共同体』(Hausgemeinschaft)は、純粋な姿では、経済の面でも人間の面でも内と外が区別されており、外に向つては『連帯関係』(Solidarität)、内に向つては日常生活手段に関する共產主義的な消費共同体、つまり家共產主義、そういう永続的運命的な一体性という形をとつて現われてくるが、そういう中で『ピエテート』が、そして始めからその成員間にみられる強と弱、保護―被保護の關係にむすびついて、その『ピエテート』によつて支えられて『權威(支配)』(Autorität)が生まれてくる。⁽³⁹⁾」世界史の上で『家産制支配』(Patrimonialismus)いわゆる『純粋家産制』という形で、とりわけ『純粋家産制国家』という形であらわれてくるオリエント、あるいは古代アジア……ではギリシアやローマに比べて家族の中での母親の地位が高い。そういう相対的に母親の地位が高かつたようなアジアで……純粋な姿の『ピエテート』意識が支配し、社会を全面的にとらえていた⁽⁴⁰⁾という。

Weberは、このように近代社会の法を特徴づけるとともに、その形式的合理性に逆行する反形式的傾向をも指摘する。しかしながら、彼は、近代法発展における反形式的傾向を法の発展とともに解消ないし克服されるべきものとは考えていない。別言すれば、Weberの射程の中には、非西洋社会の問題が十分意識されていたといえよう。⁽⁴¹⁾

K. Marxの「資本制生産に先行する諸形態」によれば、世界にある共同体は、①アジア的(非ヨーロッパ的)共同体、②古典古代的(ギリシャ・ローマ的)共同体および③ゲルマン・スラヴ的共同体に分類される。①は、アフリ

カ、ラテン・アメリカなどを含み、非ヨーロッパ的という意味で用いられている。ここでは、本来のアジア的共同体が頑固に残ることが特徴的であるとされる。問題は、いかなる形で、なぜ残るかにある。⁽⁴²⁾

K. Marx のいわゆる「アジア的生産様式」によっても示唆されるように、「アジア的共同体」には、一方の極に東洋的専制国家が存在し、他方の極には、専制君主に対し貢納と軍事の義務を負うものの、王侯の支配から相対的に自立し、幅広い自治を認められた村落共同体が存在する。そこでは専制君主からの「指令」が強制されるとともに、それと区別された固有法的性格を有する「共同体法」が適用されるという一見矛盾した現象が看取される。このようなアジア的共同体における専制君主国家と生産基盤としての村落共同体との間には、ヨーロッパ中世に存在していたような村落共同体に対する直接の支配者である領主層が十分に形成されなかったため、村落共同体の自治がヨーロッパ中世の場合よりも著しく強く残る結果になったといわれる。そこでは、ヨーロッパ中世に見られたような領主と領民、領主と国王との双務的契約関係は形成されず、市場法理の機能する領域が局限されることになる。⁽⁴³⁾

R. Unger は、社会理論の批判に向けて書いた「近代社会における法」と題するモノグラフィの中で、このようなアジア的共同体に存する慣習的村落共同体法をもその射程に取り入れて、グローバルな視野から(1)「慣習的・相互作用的法」(customary or interactional law)⁽⁴⁴⁾、(2)「官僚制的・規制的法」(bureaucratic or regulatory law)⁽⁴⁵⁾および「法秩序・法システム」(legal order or legal system)ないし「法の支配」(rule of law)⁽⁴⁶⁾という三つの概念を歴史的に抽出した⁽⁴⁷⁾。彼は、この三種の法概念を、「法と発展」運動が理論的前提としたように、社会進化論的観点から単純に発展段階的に措定することなく、一般的な操作概念として定立する。彼は、かかる概念を用いて、イスラーム、インド、中国をも射程範囲に取り込み、時代を超えたさまざまな体制下における法の全体秩序を分析した。⁽⁴⁸⁾このような手法を用いることによって、西洋の近代社会が形成してきた法秩序・法システムが相対化され、伝統

社会の法から近代社会の法へと進化することを指定した単線的社會進化論から抜け出すことが可能となる⁽⁴⁹⁾。

(2) 中国では、紀元前五世紀から前三世紀にかけて、春秋時代末期から戦国時代という大転換期に、「官僚制的な法」が発生した。これに対し、ヨーロッパ中世では、ある種の「権利意識」ないし「法の支配」(rule of law)の⁽⁵⁰⁾理念が形成されてきた。しかし、中国では、このような土壌がまったくといってよいほど存在しえなかった。このような状態は、戦国時代以来、清朝の滅亡時まで続き、その余波は今日まで残っているといわれる。その意味で、西洋法と極東法とは対極的位置にあるといえよう。

極東法文化圏においては、法は社会統制の第二次的手段であるにすぎず、第一次的には「礼」(rites)、すなわち、事物の自然の秩序と調和する行動を個人に命ずる規範が社会秩序の基礎をなしてきた、といわれてきた。⁽⁵¹⁾

では、極東法文化圏、なかでも中国で「法」の觀念ないし役割はどのように捉えられてきたのであろうか。⁽⁵²⁾「法」という字の語源は、「灋」であるといわれ、「食^はみ出る行為を抑える枠」というのが原意のようである。サンズイは水、鷹(タイ)は頭が鹿で足が馬という珍獣、去は逃げ出すことを意味することから、これらを組み合わせ一語にすると、大変珍しい獣を宮中の御苑の中の小島に放し飼いにし、周囲に水をめぐらして逃げないようにすること⁽⁵³⁾を意味したと解するのが有力説(藤堂明保説)である。つまり中国において法という文言は、語源的には「ある枠づけをする、食み出すことができないようにする」というところから出発して、「押し込める枠」という意味に用いられてきたようである。換言すれば、法というのは、本来「枠」ないし「枠づけ」を意味していたと推測される。したがって、正義、公正さ、権利といった発想は、そもそもはじめから存在していなかったようである。法というものが一種の枠だという発想は、中国およびその影響を受けた韓国、台湾、日本などの法文化を考える上での⁽⁵⁴⁾出発点となる。

次に出てくる問題は、一体誰が枠づけるかという問題である。中国では、春秋末期から戦国時代にかけて古典思

想が開花し、いわゆる「諸子百家の時代」を迎える。春秋末期の孔子は、社会秩序の基礎を「仁」と「礼」におき、「政を為すに徳を以てすれば、譬えば北辰のその所に居て、衆星のこれを共るが如し」⁽⁵⁵⁾として、徳治主義を唱き、政治と倫理・道德とを関連させようとした。かれの学派は、儒家とよばれ、戦国時代に性善説を唱えた孟子および性悪説を唱えた荀子によってさらに発展されていく。これに対し、商鞅、韓非などに代表される法家の思想は、君主の絶対的な権力をもって政治を行い、法によって天下を治めようとした。この法家の学説は、秦帝国経営の理論的基礎となる。そこで考えられていた一種の枠としての法は、性悪説を前提とし、君主権力の強制によって政治を行っていくという信賞必罰主義を大前提としていたといわれる⁽⁵⁶⁾。

このように考えてくると、中国を中心とし、韓国、台湾、日本などを含む極東文化圏における法という概念は、基本的には「一種の枠」を意味し、専制君主・皇帝によって民衆に強制されるという要素を有していたように思われる。ここでのいう法とは、今日のほぼ刑法にあたりと理解されてきた。このような理解は、秦・漢帝国時代から現代中国に至るまで一貫して見られる。特に秦は、法家の思想を採用し、厳格法に従った苛酷な政治を行ったことで知られる。こうして中国における法というものは、刑法のおそるべき優越性に帰着して行く⁽⁵⁷⁾。

これに対し、次の時代の漢の高祖（劉邦）は「法三章」を発して法家とは逆の儒家的な立場をとるに至る。漢の武帝以降、中国王朝のなかで儒教は、長年にわたって中国の公認教学の地位を占め、法家は批判される運命をたどるが、専制王朝体制はその後一貫して継続することになる。その限りで法というものを「一種の枠」としての「刑法」として性格づけるといふ基本的発想は、その後も変わることがなかったといえよう。中国では古代（特に漢代）においてかなり精緻な刑法体系がすでに存在しており、唐代には律（刑法）・令（行政法）・格（律令の補充命令の集成）・式（施行細則）などの法典が整備され、二〇〇〇年の王朝体制を通じてそれを完成させてきたといつてよい⁽⁵⁸⁾。

わが国の古代国家が、大化改新を通じて随・唐から律令法を継受し（律令国家を形成）、七〇一年には大宝律令を

完成するに至ったことは、周知の事実である。法というものは上から下ってきたお上のものだという発想は、古代の律令法の継受に始まったとみることができよう。今日のいわゆる「行政指導」などは、その影響を受けた典型的制度といえることができるであろう。⁽⁵⁹⁾

(3) 中国を中心とする極東法文化圏が基本的には刑法の優越性に支えられてきたということになると、法的正義ないし法的公正といった観念は存在していなかったことになるのであろうか。西洋法では、ドイツ語の *Gesetz* と区別された *Recht*、フランス語の *loi* と区別された *droit*、英語の *a law or laws* と区別された冠詞なしの *law* または *the law* という文言の中に、具体的な「法律」と区別された「法」、法則、自然法(則)、抽象的規範という意味があり、さらに *Recht* ないし *droit* の場合には、正義、公正、権利といった「正しさの観念」が意味として組み込まれている。これに対し、極東法においては、「法律」ないし「法」という文言と正義、公正、権利といった文言とを結び付ける直接的関連性はなかったことが指摘されている。したがって、中国法の伝統に生きてきた人々にとっては、*Gesetz* ないし *loi* は理解しやすいが、*Recht* ないし *droit* は不可解な概念であったということになる。⁽⁶⁰⁾

右に述べたことから、なぜ中国において法学が発達しなかったかが理解できよう。中国では法律の学問を『律学』と称し、それがむしろ通称であった。それは、帝制前半期においてはかなり重視され、唐律のような体系化された刑法典を編纂する原動力とはなったが、それ以降、飛躍的發展を遂げることはなかった。『律』の字には『階梯』という意味があり、音楽においては音階を意味し、刑の上げ下げの階梯というところからまた法律の意味にもなる。西洋において法とは『正しさ』であり、法学とは『正しさ学』であったのに対して、律学とは『刑の上げ下げ学』であった。それは技術的に煩瑣化することはあっても全体として狭い守備範囲に局蹐し、文明のうちに占める比重において到底西洋における法学の比でなかった⁽⁶¹⁾のである。

しかし、中国における法学の不在は、中国に正義・公正といった正しさの観念がなかったことを必ずしも意味しない。

では、正義、公正ないし権利といったものが存在するとすれば、それを保障するものは（法以外の）何に求められるであろうか。これに対する中国的解答は、「天」（天理、天道）ないし「義」といった観念であった。このことを示唆するものとして、「非理法権天」という表現がよく引合いに出される。それは、権力といえども最終的に勝つことができないものは天である、という発想を表している。ここにいう天は、天理ないし天道を意味し、正義ないし公正といった意味合いを含んでいるといわれる。それは、西洋法的に言えば、実定法を超越しながら実定法を基礎づけるものとしての自然法の観念に近いものといえようか。中国では、法というものが「一種の枠づけ」に極度に収斂してしまったため、その反射として自然法的な「天」というものが対極に存在するようになったといわれる。⁽⁶²⁾

他方、義には、仁、徳、礼といった含みがあり、孔子は、法律主義を排して徳治主義を説く。曰く、「国を為むるには礼を以てす。」「これ（人民）を導くに政を以てし、これを斉うるに刑を以てすれば、民免れて恥なし。これを導くに徳を以てし、これを斉うるに礼を以てすれば、恥ありて且つ格し」と。⁽⁶³⁾孔子はこうに述べて、法律に頼ることなく、徳の支配と礼の回復を求めた。このように儒教においては、法律が国を支配するのではなく、あくまでも、「義」（仁、徳、礼）がこれを支配すべきであるとする。こうして春秋時代に一応の完成をみた儒学の徳治主義が、その後の二千数百年の中国法の歴史に大きな影響を及ぼすこととなった。⁽⁶⁴⁾

(4) このように、中国においては、一方に刑法を核とする実定法としての「律令」があり、他方に中国的な自然法ともいえるべき「天」ないし「義」という観念が存在していて、法律と正義とは結合することなく分離した形で存在してきたといえよう。したがって、中国法の影響を受けた極東法は、西洋法の核をなす「法の支配」の理念から

最も遠い存在ということになる。R. Ungerによれば、中国法と西洋法との中間に「インド法」「イスラーム法」「ユダヤ法」などがあり、その順に西洋法に近づいていくことになる。⁽⁶⁵⁾

西洋法文化と極東法文化の基本的差異は、R. Jheringの「権利のための闘争」(Der Kampf ums Recht)と孔子の「礼による統治」、「正義」としての「法の支配」の理念と「枠」づけとしての「官僚制的な法」、権利意識ないし規範意識を反映した「契約」の観念とそのような権利意識ないし規範意識を欠く「仮の取極」的発想、「裁判」を中心とする二者択一(Entweder-Oder)的なアゴンの訴訟観と村落的共同社会の自治的解決方法としての「調停」を中心とする和解的訴訟観といった形をとって具体化されてきたように思われる。⁽⁶⁶⁾

四 比較法文化と新法系論

(1) R. Davidは、このような西洋法と極東法における法観念の相違を、西洋法における「法の支配」、法および法律家に対する尊信、裁判所による二者択一的紛争解決を一方の極におき、極東法における「徳・礼の支配」、法および法律家に対する不信、調停による紛争の解消を他方の極において対置している。⁽⁶⁷⁾ ZweigertとKötzの見解も、この点に関しては大同小異といえよう。⁽⁶⁸⁾

このような法の観念ないし役割は、西洋法と極東法とを分つ一つの重要な標識であるに過ぎないが、他の実証的要素と相まって法文化という全体像を規定する要素であることは疑いなかろう。⁽⁶⁹⁾

(2) この東西法文化の基本的差異なканずく「法の観念」ないし「法の役割」の差異を前提とし、アジア的視座に立つて構築した法系論が、次に示す新法系仮説である。その特徴は、世界の法体系Ⅱ実定法秩序を「西洋法」と非西洋法たる「東洋法」とに大別し、ヨーロッパ的一神教との法文化的類似性および「法の支配」の理念の共通性を理由に、イスラーム法系を西洋法の中に位置づけた点にある。非西洋法の中でも極東法系なかでも中国法は「法

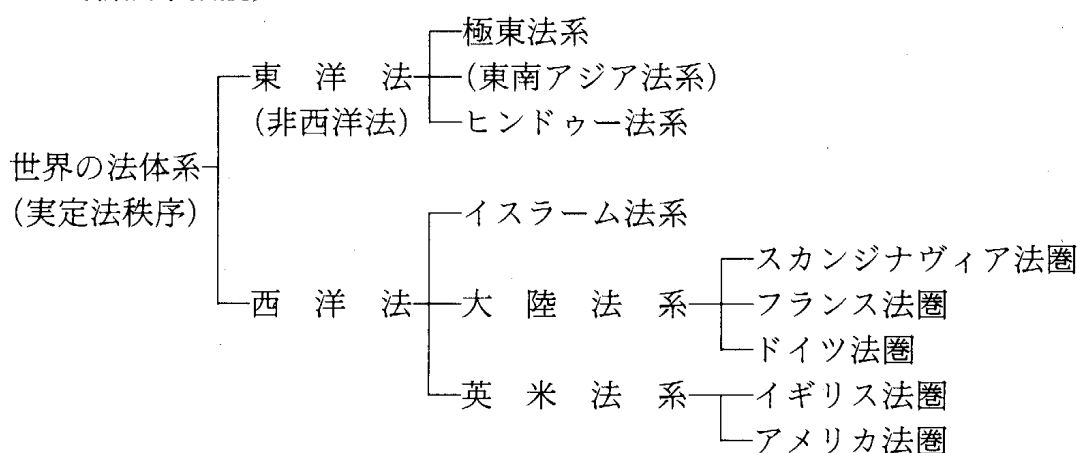
の支配」の理念から最も遠い位置関係におり、ついでインド法を中核とするヒンドゥー法系、イスラーム法系、ユダヤ法の順に「法の支配」の理念に近づいてくる。⁽⁷⁰⁾「極東法系」「東南アジア法系」「ヒンドゥー法系」「イスラーム

法系」「大陸法系」「英米法系」の位置関係は、このような順序を示している。

大陸法系は、さらにローマ法の影響その他の法文化的背景の差異により、「スカンジナヴィア法圏」「フランス法圏」「ドイツ法圏」および「イギリス法圏」と「アメリカ法圏」とに区別することができよう。

近時EC法等の影響により、「イギリス法圏」「スカンジナヴィア法圏」「フランス法圏」「ドイツ法圏」がヨーロッパ法として近接、調和、統合する動きが見られる。これらが「ヨーロッパ法系」にまで収斂していくならば、西洋法は、「イスラーム法系」「ヨーロッパ法系」「アメリカ法系」といった新たな分類が必要とされることになるであろう。⁽⁷¹⁾

〔新法系仮説〕



(1) See J. Merryman, *Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development*, 25 AM. J. Comp. L. (1977); E. Burg, *Law and Development: A Review of the Literature & a Critique of "Scholars in Self-Estrangement"*, 25 AM. J. Comp. L. 492 (1977).

(2) HARVARD LAW SCHOOL, INTERNATIONAL LEGAL STUDIES, REPORT OF THE DIRECTOR 1954—1961 (1961). "At this date, there is general awareness of the world-wide importance of the rapid and orderly economic development of the newly changing societies of Latin America, Asia and Africa.... On the record, there are good reasons to anticipate that the contribution of the legal profession can be of major importance, since a legal framework will be essential to the task, and its execution will involve legal processes." *Id.* at 3.

- (c) D. Trubek, *Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development*, 82 Yale L. J. 1 (1972). The "core conception of modern law" has "misdirected the study of law and development by asserting that one type of law—that found in the West—is essential for economic, political, and social development in the Third World. This conclusion, I contend, stems from the core conception's ethnocentric and evolutionist generalization from Western history." *Id.* at 2.
- (4) 「法文化」の意味については、池田政章「法文化論—その意義と方法」、小林直樹先生古稀祝賀「憲法学の展望」五頁以下、特に九、二二頁（一九九二）参照。アメリカは、「教会の魂をもった国家」といわれることがある。その影響力は、単に数量的なものにとどまらず、外交政策をはじめ、ある政策に対する価値判断を伴った質的な力でもある。アメリカを中心に展開をみた「法と発展」運動も、その例外ではない。
- (c) W. Douglas, *Lawyers of the Peace Corps*, 48 A.B.A.J. 909 (1962). "These newly developing nations need our help—not only our money and machines and food, but also the great capital of knowledge accumulated by our professions.... [T] he young nations need teachers from the West by the hundreds and thousands—law teachers, professors of government, research assistants. We must not miss out on this opportunity for service—for participation in the long creative period ahead of legal development in over half the world.... Refrigerators and radios can be easily exported—but not the democratic system. Ideas of liberty and freedom travel fast and far and are contagious." *Id.* at 909—10, 913.
- (6) Trubek, *supra* note 3, at 2.
- (7) 川島武宜・日本人の法意識一五頁（一九六七）。
- (8) 同書一—ii、五、七頁。
- (9) 同書五一六頁。
- (10) 石井紫郎「伝統社会とその近代化—日本」、川島武宜編・法社会学講座第九卷二五七頁、二五八頁（一九七三）。
- (11) Trubek, *supra* note 3.
- (12) *Id.* at 16.
- (13) *Id.* at 2, 12—16.
- (14) D. Trubek & M. Galanter, *Law and Society: Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, 1974 Wis. L. Rev. 1062.
- (15) *Id.* at 1070—71.
- (16) *Id.* at 1071—74.
- (17) *Id.* at 1080—85. "The model assumes that state institutions are the primary locus of social control (国家法中心), while in much of the Third World the grip of tribe, clan, and local community is far stronger than that of the nation-state. The model assumes that rules both reflect the interests of the vast majority of citizens and are normally internalized by them (書かれた法中心), while in many

developing countries rules are imposed on the many by the few and are frequently honored more in the breach than in the observance. The model assumes that courts are central actors in social control (裁判所中心主義), and that they are relatively autonomous from political, tribal, religious, or class interests. Yet in many nations courts are neither very independent nor very important." *Id.* at 1081—82.

- (18) Trubek & Galanter, *supra* note 14, at 1102.
- (19) 石井・前掲(注10)二五八頁。
- (20) 田中成明・裁判をめぐる法と政治七二頁(一九七九)、安田信之・アジアの法と社会第一章一四—四三頁(一九八七)。
- (21) I. L. CONSTANTINESCO, *RECHTSVERGLEICHUNG* S. 266f. (1971) —大木雅夫・日本人の法観念—西洋的法観念との比較—七頁注7(一九八三)。本稿を草する上、本書から多くの示唆をえた。
- (22) G. CHILDE, *MAN MAKES HIMSELF* (1936) —ねず・まさし訳・文明の起源一〇頁(一九五二)、野田良之「比較法の基礎としての法の『元型』を尋ねて」学習院大学法学部研究年報二八卷一、二二—一五頁(一九八三)。ただし、農耕、風土などの超歴史的條件と人間の意識、思想の特徴とを安易に結びつけることに對する批判もみられる。石井・前掲(注10)二五九頁。
- (23) 野田良之「日本人の性格とその法観念」みず第一四〇号二二—一四頁(一九七二)。
- (24) 野田良之「比較法文化論の一つの試み」早稲田比較研究所編・比較法と外国法二八頁(一九七八)。
- (25) 同書、二七頁。
- (26) A. SIEGFRIED, *LES VOIES D'ISRAEL* (1959) —鈴木一郎訳・ユダヤの民と宗教一四頁(一九六七)。
- (27) 石橋秀雄・アジア史の流れ—アジア史構成への試論(一九七三)、安田・前掲(注20)五頁。
- (28) SIEGFRIED, *supra* note 26, at 12頁。
- (29) *Id.* at 16—17頁。
- (30) R. DAVID, *TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CIVIL COMPARÉ* 223—24 (1950). 五十嵐清・比較法入門八七—九二頁(一九七二改訂版)参照。
- (31) DAVID, *Id.* at 224. もともと「これらの道徳的、政治的、経済的基礎に立つては」R. David, *Existe-t-il un droit occidental?* XXTH CENTURY COMPARATIVE AND CONFLICTS OF LAW 56 (1960) —喜多川・花輪訳「西洋法は存在するか」東京都立大学法学会雑誌第二二卷一—号三三—三三頁以下(一九七二)において、消極的立場をとるに至るが、「西洋法」という概念は存在しうるし、法学的観点からも、現実を表現するものが可能であろうと予言している。五十嵐・前掲(注30)九二—九三頁参照。
- (32) R. DAVID, *LES GRANDS SYSTÈMES DE DROIT CONTEMPORAINS (DROIT COMPARÉ)* 12—21 (1964). 五十嵐・前掲(注30)九二—九四頁。
- (33) 鈴木輝二「中東欧法文化」岩佐・小池・大塚編・法人類学の地平二三八頁以下(一九九二)。
- (34) 2 R. DAVID, *INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW: THE LEGAL SYSTEMS OF THE WORLD, THEIR COMPARISON AND*

UNIFICATION ch. I, 3—4 (1975).

(35) *Id.* at 5.

(36) *Ibid.*

(37) I K. ZWEIFERT & H. KÖTZ, EINFÜHRUNG IN DIE RECHTSVERGLEICHUNG AUF DEM GEBIETE DES PRIVATRECHTS 82 (2d ed. 1984) ——大木雅夫訳(初版)一二二頁(一九七四)。

(38) M. WEBER, WIRTSCHAFT UND GESELLSCHAFT: GRUNDRISSE DER VERSTEHENDEN SOZIOLOGIE S. 834 (4th ed. 1956) ——E. SHILS & M. RHEINSTEIN (tran.), LAW IN ECONOMY AND SOCIETY (1968). See also Trubek, Max Weber on Law and the Rise of Capitalism, 1972 Wis. L. REV. 720. 邦語文献としては、世良晃志郎「現代社会と法—マックス・ウェーバーを中心として—」川島武宜編・法社会学講座一〇巻一二三頁以下(一九七三)参照。

(39) 大塚久雄・川島武宜・土居健郎・「甘え」と社会科学五七頁(一九七六)。

(40) 同書六一頁。

(41) Trubek, *supra* note 38, at 750-53.

(42) I K. MARX, DAS KAPITAL § 12(4), 3 *id.* at § 20 & § 47(2). 小谷注之・マルクスとアジア九八頁以下(一九七九)。

(43) 安田・前掲(注20)七七、六四頁。矢野暢「東南アジア世界の論理七」二四—三八、五九—六五頁(一九八〇)(小型家産制国家)。

(44) R. UNGER, LAW IN MODERN SOCIETY: TOWARD A CRITICISM OF SOCIAL THEORY 6—8, 47—58, 120 (1976). "In the broadest sense, law is simply any recurring mode of interaction among individuals and groups, together with the more or less explicit acknowledgment by these groups and individuals that such patterns of interaction produce reciprocal expectations of conduct that ought to be satisfied. I shall call this customary or interactional law." *Id.* at 49.

(45) "Bureaucratic law consists of explicit rules established and enforced by an identifiable government." *Id.* at 50. "It is a law deliberately imposed by government rather than spontaneously produced by society." *Id.* at 51.

(46) "[F]ar from being common to all kinds of societies, it (= a narrower concept of law) appeared and survives only under very special circumstances. It may be called the legal order or legal system. Law as legal order is committed to being general and autonomous as well as public and positive." *Id.* at 52.

(47) *Id.* at 52—55, 86—109.

(48) *Id.* at 238—42.

(49) わが国でも、田中成明は、『裁判をめぐる法と政治』五六頁以下(一九七九)において、「普遍主義型法」「管理型法」「自治型法」という法の三種型を分析モデルとして提唱する。これら三種の法概念は、普遍的な「操作概念」であり、普遍主義型法は「法の一般的・自立的性質が最も強く制度化された近代西欧法の存在形態とそこで支配的であった法の支配や立憲主義などの法イデオロギーを一般化・抽象化して再構成され

たもの」であり、管理法が、「公権力機関による特定の政治的・社会的・経済的な政策目標の確保・実現のために手段として定立・運用される一般的な命令・指図」であるのに対して、自治型法は、「各社会成員の意識・行動と現実とに規制しているインフォーマルな社会規範やそこで共有されている正義・平衡感覚を基礎にして自生的に生成し作動する法」である。さらに安田信之も、以前から、(1)共同法理、(2)指令法理および(3)市場法理という「アジア法の三法理類型」の構想を提唱しており、R. Ungerの三法概念、田中成明の法の三類型モデルと発想の上で同一線上にあると思われる。これらの対応関係を図示すれば、次のとおり。

Unger		田中成明	安田信之
customary or interactionary law		旧法理	共同法理
bureaucratic or regulatory law		管理型法	指令法理
legal order or legal system, rule of law		普遍主義型法	市場法理

田中成明「日本の法文化の現況と課題―権利主張と裁判利用をめぐる―」、思想七四四号七―八頁（一九八六）、安田・前掲（注20）四九―五九頁。

- (50) UNGER, *supra* note 44, at 86ff.
- (51) 大木・前掲（注21）一一五頁以下に詳しい。
- (52) 野村浩一「東アジア文化圏における法の観念」、沢木敬郎・所一彦編・法とは何か一七二頁以下（一九八〇）。
- (53) 水（水平の意）と、音符座（ち）または去（わくの意）とから成り、悪事を退ける公平な「のり」の意を表わす。一説に、標準の意の水と、古代の裁判で用いた神獣の廬および去とから成る会意の字で、神獣の聖断で悪事を去るの意を表わすという。小川環樹ほか、角川新字源五六八頁（一九六八）。藤堂明保、漢字語源辞典八六八―七〇頁（一九六五）。本稿は、後説に依拠。
- (54) 野村・前掲（注52）一七四―七六頁。
- (55) 孔子・論語第二為政篇一。大木・前掲（注20）一二〇頁参照。
- (56) 野村・前掲（注52）一七八頁。
- (57) UNGER, *supra* note 44, at 65―66, 96―110. これらに対し、浅井敦「中国の法と社会」、川島武宜編・法社会学講座第一〇巻一五五頁以下（一九七三）は、中国法の独自性を、刑法中心主義、共同体的慣行規範の優位、徳治主義のイデオロギー、権利意識の欠如といった伝統的中国社会のアジア法的性格に解消してしまうことはできない、とする。
- (58) 野村・前掲（注52）一七九―一八〇頁。
- (59) 石井・前掲（注47）二六〇―六三頁。行政法規である「令」、なかんずく平安期に行われた「序例」を中心とする「現実主義」的支配は、今日の行政指導的態度ないし発想を想起させる。

- (60) DAVID, *supra* note 33; W. GELDART, INTRODUCTION TO ENGLISH LAW 1-2 (10th ed. 1991).
- (61) 滋賀秀三「中国法文化の考察―訴訟のあり方を通じて―」, 日本法哲学会編・東西法文化五三頁(一九八七)。
- (62) 野村・前掲(注52)一八四頁。
- (63) 孔子・論語第二為政篇三。大木・前掲(注21)一二〇頁参照。
- (64) 大木・前掲(注21)一二二頁。
- (65) UNGER, *supra* note 44, at 110-20, *esp.* 120.
- (66) これに対し、大木・前掲(注21)一〇一三、一二五―一七、一二二頁以下は、欧米の比較法学者が両者の差異を儒教に帰することに対し、その影響を過大評価するものとして批判する。
- (67) DAVID, *supra* note 32, at 5-7.
- (68) ZWIGELT & KÖTZ, *supra* note 37, at 82-83, 405-07.
- (69) 大木・前掲(注21)一二五―二〇頁参照。
- (70) UNGER, *supra* note 44, at 120.
- (71) 拙稿、比較法学会シンポジウム「ヨーロッパ統合と法―序論」比較法研究第五四号(一九九二)参照。